



Radicado No: 20221100039681

Fecha: 09-11-2022

Bogotá D. C,
110.

Señora

KATHERINE ÁVILA GONZÁLEZ

Correo electrónico: avila.katherine@fuac.edu.co

E. S. D.

Referencia: Concepto 110.091.2022
Respuesta SIA-ATC No. 012022000794.
1. Del proceso de responsabilidad fiscal.
2. De la imputación de responsabilidad fiscal y de la responsabilidad solidaria.

Estimada señora Katherine;

La Auditoría General de la República recibió su requerimiento según código de radicación interna No. 20222330022572 / SIA-ATC No. 012022000794 contenido en el correo electrónico del martes 27 de septiembre del 2022, en el que hace la siguiente consulta:

«¿Cuál es el agotamiento jurídico para imputar responsabilidad fiscal en forma solidaria por hechos generadores de daño ocurridos con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 1474 de 2011?».

Antes de proceder a dar respuesta a lo planteado, debemos indicar que, teniendo en cuenta las funciones constitucionales y legales asignadas a la Auditoría General de la República, no puede este ente de control tener injerencia en la toma de decisiones que sean de competencia de las entidades vigiladas dado que no le es posible coadministrar o ser juez y parte. Cualquier indicación sobre cómo debe desarrollar sus procesos misionales sería coadministración y viciaría la vigilancia y el control fiscal que le corresponden ejercer de manera posterior; por tanto, nos abstenemos de emitir conceptos sobre asuntos o situaciones individuales o concretas que puedan llegar a ser sometidos a vigilancia, por lo cual, se abordará el tema de manera general y abstracta.

Respecto a la función de la AGR, el sentido, alcance, delimitación y competencia del ejercicio del control fiscal en Colombia, la Corte Constitucional se pronunció entre otras en la Sentencia C-1176 de 2004, señalando: “Por disposición constitucional, la vigilancia de la gestión fiscal de la Contraloría General de la República le corresponde a la Auditoría, **sin que por tal circunstancia, ésta pueda convertirse en ente superior de aquella en cuanto al direccionamiento de la vigilancia y control**”.

fiscal, pues la atribución constitucional conferida a la Auditoría solo se restringe a la vigilancia de la gestión fiscal de la Contraloría General, según así lo precisa la propia Constitución ..." (Negrilla fuera de texto).

Este Despacho para brindar elementos de juicio que contribuyan al debate académico y permitan al consultante dilucidar la problemática planteada traerá a colación las normas, jurisprudencia y doctrina referentes que se encuentra al alcance de todos, exponiendo algunas consideraciones jurídicas, para así emitir concepto de manera general y abstracta, pues como se expuso anteriormente, será la respectiva contraloría, la encargada de analizar la norma y darle la aplicación correspondiente.

Con el objeto de brindar una ilustración que contribuya a dar mayor claridad sobre el tema consultado, se procede a realizar las siguientes precisiones de carácter general y abstracto sobre el asunto en comento, así:

1. DEL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL:

Previo a entrar a realizar un análisis sobre la imputación fiscal y la solidaridad de los presuntos responsables fiscales, se estima pertinente traer a colación las generalidades del proceso de responsabilidad fiscal, así:

Desde una perspectiva Constitucional, tenemos que el artículo 267, (modificado por el artículo 1 del Acto Legislativo 4 de 2019), determinó que la gestión fiscal es una función pública, así:

«Artículo 267° La vigilancia y el control fiscal son una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes públicos, en todos los niveles administrativos y respecto de todo tipo de recursos públicos. La ley reglamentará el ejercicio de las competencias entre contralorías, en observancia de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad. El control ejercido por la Contraloría General de la República será preferente en los términos que defina la ley.»

A su turno el numeral 5 del artículo 268 superior (modificado por el artículo 2 del AL 4 de 2019), otorga al Despacho del Contralor General de la República la siguiente facultad:

«Artículo 268° El Contralor General de la República tendrá las siguientes atribuciones:

(...)

5. **Establecer la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal**, imponer las sanciones pecuniarias que sean del caso, recaudar su monto y ejercer la jurisdicción coactiva, para lo cual tendrá prelación.

(...) Negrilla fuera del texto.

De la norma constitucional referenciada con antelación se logra inferir que el control fiscal es una función pública dentro del ámbito de sus competencias, ejercen la Contraloría General de la República, las contralorías de las entidades territoriales (departamentales, municipales y distritales), al igual que la Auditoría General de la República, de esta forma desarrollan el control fiscal en Colombia, es decir, la función pública de vigilar la gestión fiscal de los servidores del Estado y de las personas de derecho privado que manejen o administren fondos o bienes de la Nación

Ahora bien, el régimen de responsabilidad fiscal y su naturaleza jurídica, fue definido por el legislador en el artículo 1 de la Ley 610 del 2000¹ como: «el conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por las Contralorías con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta², causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado».

En cuanto a su origen, el proceso de responsabilidad fiscal se podrá iniciar o dar apertura a través de los órganos de control fiscal, cuando la ciudadanía y los veedores presentan sus respectivas denuncias o quejas, cuando las entidades vigiladas así lo soliciten, y como consecuencia del Plan de vigilancia y control fiscal (PVCF), realizadas por las autoridades fiscales en el ámbito de sus competencias.

Asimismo, la norma ibídem, en su artículo 4 estableció el objetivo de la responsabilidad fiscal en el siguiente contexto:

«La responsabilidad fiscal tiene por objeto el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de quienes realizan gestión fiscal o de servidores públicos o particulares que participen, concurran, incidan o contribuyan directa o indirectamente en la producción de los mismos, mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal. Para el establecimiento de responsabilidad fiscal en cada caso, se tendrá en cuenta el cumplimiento de los principios rectores de la función administrativa y de la gestión fiscal».

En los términos de la normativa transcrita, el objeto de la responsabilidad fiscal es el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público, como consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de quienes realizan gestión fiscal.

Es preciso mencionar que la responsabilidad fiscal es autónoma e independiente y se entiende sin perjuicio de cualquier otra clase de responsabilidad, ya sea administrativa, penal o disciplinaria.

¹ "Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías" - Modificada por el Decreto Ley 403 de 2020, 'Por el cual se dictan normas para la correcta implementación del Acto Legislativo 04 de 2019 y el fortalecimiento del control fiscal'.

² Corte Constitucional: aparte subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-840-01 de 9 de agosto de 2001. Magistrado Ponente Dr. Jaime Araujo Rentería, 'bajo el entendido de que los actos que la materialicen comporten una relación de conexidad próxima y necesaria para con el desarrollo de la gestión fiscal'.

En lo que atañe a las características del proceso de responsabilidad fiscal, este fue objeto de pronunciamiento jurisprudencial por parte de la Corte Constitucional mediante la sentencia C-338 del 2014, así:

«(...) Con base en el régimen jurídico vigente en cada momento, se han establecido una serie de características predicables de esta forma de responsabilidad. En la jurisprudencia constitucional se ha expresado que la responsabilidad fiscal i) es de naturaleza administrativa; ii) es determinada a partir de un proceso de esta misma naturaleza, es decir, un proceso administrativo; iii) no tiene un carácter sancionatorio, sino eminentemente resarcitorio, pues busca recuperar el valor equivalente al detrimento ocasionado al patrimonio de una entidad estatal, teniendo esta suma como límite a exigir; y iv) en este proceso se deben observar las garantías sustanciales y adjetivas propias del debido proceso de manera acorde con el diseño constitucional del control fiscal (...).»

En ese orden de ideas, es necesario establecer concretamente los tres (3) elementos estructurales de responsabilidad fiscal, que trae a colación el artículo 5³ de la Ley 610 de 2000:

«La responsabilidad fiscal estará integrada por los siguientes elementos:

- Una conducta dolosa o gravemente culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal o de quien participe, concurra, incida o contribuya directa o indirectamente en la producción del daño patrimonial al Estado».
- Un daño patrimonial al Estado.
- Un nexo causal entre los dos elementos anteriores».

2. DE LA IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD FISCAL Y DE LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA:

Es pertinente mencionar que la imputación de responsabilidad fiscal, aplica dependiendo del procedimiento por medio del cual se inició la actuación administrativa, es decir el procedimiento ordinario o el verbal, por lo anterior este Despacho traerá a colación las normas que regulan cada procedimiento en el siguiente orden:

La Ley 610 de 2000⁴ determina el trámite para los procesos de responsabilidad fiscal que se adelantan por el procedimiento ordinario, dicha ley que fue modificada en lo pertinente por el Decreto-Ley 403 de 2020 «Por el cual se dictan normas para la correcta implementación del Acto Legislativo 04 de 2019 y el fortalecimiento del control fiscal.»

Por su parte la Ley 1474 de 2011⁵ en sus artículos 97 a 109, determina el trámite para los procesos de responsabilidad fiscal que se adelantan por el procedimiento verbal, de igual forma, en los

³ Art. 5° "Elementos De La Responsabilidad Fiscal". <Artículo modificado por el artículo 125 del Decreto Ley 403 de 2020.

⁴ "Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías".

⁵ "Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública."



artículos 110 a 120, establece disposiciones comunes al procedimiento ordinario (modificando algunas disposiciones de la Ley 610 de 2000) y al procedimiento verbal.

Dicho lo anterior, es oportuno mencionar que la Corte Constitucional mediante sentencia C-090/22, declaró la inexecutable del XIII del Decreto Ley 403 de 2020⁶ en los siguientes apartes jurisprudenciales:

«A criterio de la Sala, un vacío legal en dichas materias afectaría de manera significativa las garantías del debido proceso en este tipo de actuaciones (artículo 29 superior), e iría en desmedro del fin constitucional imperioso al que contribuyen, que no es otro que el de defender y proteger el patrimonio público (artículo 267 superior). En consecuencia, para evitar una laguna normativa y asegurar la vigencia de derechos y fines constitucionales, la Sala considera necesario reincorporar al ordenamiento los artículos de las leyes 610 de 2000 y 1474 de 2011 que fueron modificados o adicionados por los artículos 124 a 143 del Decreto Ley 403 de 2020 y, por tanto, declarará su reviviscencia».

Con base 0065n todo lo anterior ya expuesto y teniendo claridad sobre las vigencias de las normas que regulan el proceso de responsabilidad fiscal, tramitado bajo el procedimiento ordinario, es oportuno establecer las etapas del mencionado procedimiento.

El operador jurídico competente para tramitar ordinariamente el proceso de responsabilidad fiscal, deberá de manera facultativa y/o potestativa proceder con la apertura de una indagación preliminar (art. 39 Ley 610 de 2000) o en su defecto iniciar con la apertura del proceso de responsabilidad fiscal (art. 40 Ley 610 de 2000), una vez notificado en debida forma dicho Auto, se procederá con la practica pruebas, vencido el término anterior, se procederá al archivo del proceso o a dictar auto de imputación de responsabilidad fiscal, mediante providencia motivada, según sea el caso.

Si llegado el caso el operador designado decide dictar Auto de imputación de responsabilidad fiscal, deberá tener en cuenta que se acredite objetivamente el elemento del daño patrimonial al erario público al igual que los otros dos (2) elementos estructurales determinados en artículo 5 de la Ley 610 de 2000.

Adicionalmente, el auto de imputación de responsabilidad fiscal en el procedimiento ordinario deberá contener como mínimo los tres (3) presupuestos que alude el artículo 48 de la Ley 610-2000:

1. La identificación plena de los presuntos responsables, de la entidad afectada y de la compañía aseguradora, del número de póliza y del valor asegurado.
2. La indicación y valoración de las pruebas practicadas.

⁶ (...) en reiterada jurisprudencia, ha establecido que “la reviviscencia de normas derogadas o modificadas por aquellas que son declaradas inexecutable no ocurre de manera automática, como si se tratara de un efecto necesario de la sentencia, sino que requiere ser examinada caso a caso, para garantizar la supremacía constitucional, en razón del impacto que tendría la inexecutable frente al ordenamiento jurídico y respecto de los derechos de las personas.

3. La acreditación de los elementos constitutivos de la responsabilidad fiscal y la determinación de la cuantía del daño al patrimonio del Estado.

En el caso del proceso verbal, por estar ya demostrado el daño y/o detrimento al patrimonio económico del Estado y al existir pruebas que comprometen la responsabilidad de los implicados, se profiere el auto de apertura e imputación y se adelanta el procedimiento con fundamento en lo preceptuado en la Ley 1474 de 2011.

Dicho Ley, introdujo una serie de modificaciones al control fiscal, las cuales están contenidas en el capítulo VIII “MEDIDAS PARA LA EFICIENCIA Y EFICACIA DEL CONTROL FISCAL EN LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN”, Sección Primera “MODIFICACIONES AL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL”, subsecciones I, II y III así:

- I. En la subsección I (artículos 97 a 105) se reguló el procedimiento verbal de responsabilidad fiscal.
- II. En la subsección II (artículos 106 a 109) se regularon las modificaciones al procedimiento ordinario de responsabilidad fiscal, procedimiento que está establecido en la Ley 610 de 2000.
- III. En la subsección III (artículos 110 a 120) se establecieron disposiciones comunes, tanto para el procedimiento verbal como para el ordinario.

Así las cosas, las etapas del procedimiento verbal están reguladas de manera taxativa en el artículo 98 de la Ley 1474 de 2000, así:

«a) Cuando se encuentre objetivamente establecida la existencia del daño patrimonial al Estado y exista prueba que comprometa la responsabilidad del gestor fiscal, el funcionario competente expedirá un auto de apertura e imputación de responsabilidad fiscal, el cual deberá cumplir con los requisitos establecidos en los artículos 41 y 48 de la Ley 610 de 2000 y contener además la formulación individualizada de cargos a los presuntos responsables y los motivos por los cuales se vincula al garante.

El auto de apertura e imputación indicará el lugar, fecha y hora para dar inicio a la audiencia de descargos. Al día hábil siguiente a la expedición del auto de apertura se remitirá la citación para notificar personalmente esta providencia. Luego de surtida la notificación se citará a audiencia de descargos a los presuntos responsables fiscales, a sus apoderados, o al defensor de oficio si lo tuviere y al garante;

b) El proceso para establecer la responsabilidad fiscal se desarrollará en dos (2) audiencias públicas, la primera denominada de Descargos y la segunda denominada de Decisión. En dichas audiencias se podrán utilizar medios tecnológicos de comunicación como la videoconferencia y otros que permitan la interacción virtual remota entre las partes y los funcionarios investigadores;

c) La audiencia de descargos será presidida en su orden, por el funcionario del nivel directivo o ejecutivo competente o en ausencia de este, por el funcionario designado para la sustanciación y práctica de pruebas. La audiencia de decisión será presidida por el funcionario competente para decidir;

d) <Literal CONDICIONALMENTE exequible> Una vez reconocida la personería jurídica del apoderado del presunto responsable fiscal, las audiencias se instalarán y serán válidas, aun sin la presencia del presunto responsable fiscal. También se instalarán y serán válidas las audiencias que se realicen sin la presencia del garante.

La ausencia injustificada del presunto responsable fiscal, su apoderado o del defensor de oficio o del garante o de quien este haya designado para que lo represente, a alguna de las sesiones de la audiencia, cuando existan solicitudes pendientes de decidir, implicará el desistimiento y archivo de la petición. En caso de inasistencia a la sesión en la que deba sustentarse un recurso, este se declarará desierto».

Concordante con la norma anterior y de cara al tema de la imputación de responsabilidad fiscal, la Corte Constitucional se pronunció entre varias en la Sentencia C-338/14, así:

«3.2. El fundamento de imputación en el proceso de responsabilidad fiscal

Una lectura armónica de la Constitución ha conducido a que en su jurisprudencia esta Corporación haya afirmado que, si bien los preceptos constitucionales no determinan expresamente un criterio normativo de imputación de la responsabilidad fiscal –es decir, no establecen expresamente el fundamento sobre el cual sea posible atribuir el daño antijurídico a su autor-, el criterio más exigente que puede establecerse por parte del legislador es la culpa grave. Es decir, en el marco constitucional actual no podría establecerse por parte del legislador un régimen de responsabilidad fiscal que tuviera como fundamento la culpa o la culpa leve, por cuanto desde el punto de vista del sujeto del proceso de responsabilidad dichos criterios son más exigentes que la culpa grave.

Este principio de decisión tiene como fundamento la imposibilidad de que el legislador establezca un régimen de responsabilidad patrimonial de los servidores públicos que implique una exigencia mayor que aquella utilizada para determinar la responsabilidad patrimonial de los servidores públicos a través de acción de repetición, tal y como figura en el artículo 90 de la Constitución. En efecto, en sentencia C-619 de 2002 se concluyó por parte de la Corte que, con fundamento en el principio de igualdad entre servidores públicos, el criterio de imputación en materia de responsabilidad fiscal debía ser el dolo o la culpa grave. En aquella ocasión, al analizar el parágrafo 2º del artículo 4º de la ley 610 de 2000, que establecía como criterio de imputación en materia de responsabilidad fiscal la culpa leve.»(...)

Por otro lado, frente al concepto de solidaridad en los procesos de responsabilidad fiscal, el artículo 119 de la Ley 1474 de 2011, dispuso:

«En los procesos de responsabilidad fiscal, acciones populares y acciones de repetición en los cuales se demuestre la existencia de daño patrimonial para el Estado proveniente de sobrecostos en la contratación u otros hechos irregulares, responderán solidariamente el ordenador del gasto del respectivo organismo o entidad contratante con el contratista, y con las demás personas que concurran al hecho, hasta la recuperación del detrimento patrimonial.»

A renglón seguido agrega la antes citada sentencia C-338 de 2014, el alto tribunal concluyó los fundamentos por los cuales la Corte declaró exequible el precepto acusado así:

«La aplicación de los efectos de la solidaridad sólo tiene lugar ante la existencia de un presupuesto jurídico: que se sea responsable en materia fiscal. Una vez esto ha sido determinado, lo único que la naturaleza solidaria de la obligación permite es el cobro del total de los perjuicios causados a cualquiera de los deudores que, con base en su actuar doloso o gravemente culposo, hayan sido encontrados responsables.

Por esta razón, ha de concluirse que el artículo 119 no establece un estándar de imputación objetivo que pueda ser aplicable en los procesos de responsabilidad fiscal, lo que descarta cualquier contradicción con el contenido del artículo 29 de la Constitución».

En ese entendido, la responsabilidad fiscal en forma solidaria tiene como propósito garantizar la efectiva reparación del daño patrimonial causado, una vez esto ha sido determinado, permitiendo el cobro a cualquiera de los deudores que, con base en su actuar doloso o gravemente culposo, hayan sido encontrados responsables. Dicho lo anterior, se observa que respecto del procedimiento frente a hechos acaecidos antes de la expedición de la Ley 1474 de 2011, el procedimiento implicaba aplicar lo estipulado en la normativa vigente para el momento del desarrollo del eventual proceso.

En los anteriores términos consideramos atendidas sus inquietudes, esperando haber dado claridad sobre las mismas. El presente concepto se emite en los términos del artículo 28 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA) sustituido por el artículo 1º de la Ley 1755 de 2015 «Por medio de la cual se regula el Derecho Fundamental de Petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo», con carácter orientador tal como lo determina la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de Consejo de Estado en Auto del 19 de mayo de 2016 dentro del expediente radicado 20392 - 25000-23-37-000-2012-00320-01:

«...el artículo 253 del Decreto 01 de 1984 (hoy regulado en términos similares por el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011) prevé la consulta como una forma de ejercer el derecho de petición. La respuesta que da la administración se llama concepto y, en general, nace de la obligación de atender solicitudes de información sobre las materias que tiene a cargo. **Los conceptos sirven para orientar a los asociados sobre alguna cuestión que puede afectarlos. Pero eso no indica que siempre se trate de una manifestación unilateral de voluntad y, por ende, capaz de producir algún efecto jurídico general y abstracto. De hecho, los conceptos que emite la administración en relación con las materias que tienen a cargo no comprometen su responsabilidad 'ni serán de obligatorio cumplimiento o ejecución'»** (Negrilla fuera de texto)

Los conceptos de la Oficina Jurídica de la Auditoría General de la República relacionados en el presente concepto, pueden ser consultados en nuestra página web www.auditoria.gov.co, siguiendo la ruta <http://www.auditoria.gov.co/web/guest/auditoria/normatividad/conceptos-juridicos>.

Para este Despacho es importante conocer la percepción sobre la atención brindada, para lo cual, adjunto a la presente encontrará un formato de encuesta para que lo diligencie y nos lo remita a la dirección de correspondencia: avenida calle 26 No. 69-76 torre 4 (agua) pisos 17 y 18 Edificio: Elemento en la ciudad de Bogotá D. C., o a los correos electrónicos juridica@auditoria.gov.co y laabril@auditoria.gov.co. Si para usted resulta más cómodo, también puede diligenciarla de manera

virtual a través de nuestra página web www.auditoria.gov.co ingresando por el botón SIA, seleccionando la opción SIA ATC ATENCIÓN AL CIUDADANO, estando allí, seleccione el botón Encuesta de Satisfacción e ingrese los dígitos del código SIA-ATC que aparecen en la referencia de la presente comunicación y la contraseña **f4c85f91**, también puede consultar su solicitud seleccionando el botón Consultar Solicitud ingresando igualmente el mismo código SIA-ATC y contraseña.

Atentamente



PABLO ANDRÉS OLARTE HUGUET
Director Oficina Jurídica

Anexo: Formato encuesta de satisfacción

	Nombre y Apellido	Firma	Fecha
Proyectado por:	Luis Alejandro Abril Parra		09-11-2022
Revisado por:	Pablo Andrés Olarte Huguet		09-11-2022
Aprobado por:	Pablo Andrés Olarte Huguet		09-11-2022

Los arriba firmantes declaramos que hemos revisado el documento y lo encontramos ajustado a las normas y disposiciones legales vigentes y por lo tanto, bajo nuestra responsabilidad lo presentamos para la firma.

